

Zweiter Teil: Der Besitz

A. Der Begriff des Besitzes

Literatur: *Ernst*, Eigenbesitz und Mobiliarerwerb, 1992; *Hartung*, Besitz und Sachherrschaft, 2001; *Klinck*, Besitz, in: *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 7. Aufl. 2020/2021, Rdn. U 21 ff.; *Kollhosser*, Grundfälle zu Besitz und Besitzschutz, JuS 1992, S. 215, 393, 567; *Petersen*, Grundfragen zum Recht des Besitzes, JURA 2002, S. 160; *ders.*, Sonderfragen zum Recht des Besitzes, JURA 2002, S. 255; *Röthel*, Erbenbesitz und Erbschaftsbesitz, JURA 2012, S. 947; *K. Schreiber*, Die Besitzformen, JURA 2012, S. 514; *Sandtner*, Kritik der Besitzlehre, 1968; *Sosnitza*, Besitz und Besitzschutz, 2003

Der Besitz wird vom BGB nicht definiert. Gesetzlich geregelt sind in den §§ 854 ff. BGB nur die Erwerbs- und Verlusttatbestände (§§ 854–857, 868, 870 f. BGB) sowie die Befugnisse des Besitzers (§§ 858 ff., 869 BGB). Berücksichtigt man jedoch, dass der Besitz einer Sache allein durch die Erlangung der tatsächlichen Gewalt erworben wird (§ 854 Abs. 1 BGB) und durch die Aufgabe oder den – seiner Natur nach nicht nur vorübergehenden – Verlust der tatsächlichen Gewalt endet, so wird deutlich, dass es sich bei dem Besitz *um ein Verhältnis tatsächlicher Gewalt* des Besitzers zu der Sache handelt.¹ Auf ein Recht an der Sache kommt es nicht an. 28

Gegen diese Definition spricht nicht, dass das BGB einerseits in § 855 BGB einem Inhaber tatsächlicher Gewalt – dem Besitzdiener – den Besitz aberkennt, während andererseits Personen, die keine unmittelbare Beziehung zu der Sache haben, wie etwa der Vermieter in § 868 BGB oder der Erbe in § 857 BGB, als Besitzer betrachtet werden. Die Regelung des § 855 BGB beruht auf einer besonderen gesetzlichen Wertung. Der Besitzdiener befindet sich in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis. Er soll sich nicht auf den Besitz an den Sachen, die er im Rahmen dieses Verhältnisses erhalten hat, berufen können. Es widerspräche den Anschauungen des täglichen Lebens, wenn etwa der Arbeiter hinsichtlich der ihm überlassenen Maschinen und Werkzeuge gegenüber seinem Arbeitgeber die Besitzschutzrechte geltend machen könnte, ggf. sogar Gewalt anwenden dürfte (vgl. § 859 Abs. 1 BGB).²

Die Regelungen der §§ 857 und 868 BGB stellen eine Erweiterung des Besitzes in besonderen Fallkonstellationen dar. Deren Gleichsetzung mit dem Besitz des § 854 BGB ist als lediglich gesetzestechnischer Vorgang zu verstehen. Er kann also für die Bestimmung des Besitzbegriffes außer Betracht bleiben.³

¹ *Baur/Stürner*, § 7 Rdn. 1; *MünchKomm/Schäfer*, § 854 Rdn. 8; *RGRK/Kregel*, § 854 Rdn. 1; vgl. auch *Westermann/Gursky*, § 8 I.

² Vgl. *Baur/Stürner*, § 7 Rdn. 61.

³ Dazu *MünchKomm/Schäfer*, § 854 Rdn. 7.

- 29 Die Qualifikation des Besitzes als ein Verhältnis tatsächlicher Gewalt ist nicht unbestritten. Teilweise wird der Besitz als ein absolutes dingliches Recht bezeichnet.⁴ Nach einer vermittelnden Ansicht ist der Besitz insoweit als Recht zu behandeln, als die an die tatsächliche Sachherrschaft geknüpften Rechte gemeint sind.⁵

Der Wortlaut des Gesetzes gibt zur Klärung dieser Frage wenig her: So sprechen die §§ 861 Abs. 2, 862 Abs. 2, 943, 999 Abs. 1 BGB zwar von einem „Rechtsgänger“ oder einer „Rechtsnachfolge in den Besitz“. Andererseits wäre § 857 BGB überflüssig, falls der Besitz ein Recht wäre; denn Rechte des Erblassers gehen bereits nach § 1922 Abs. 1 BGB im Wege der Gesamtrechtsnachfolge (Universalsukzession) auf den Erben über. Ebenso wenig bedürfte es der Vorschrift des § 268 Abs. 1 S. 2 BGB, da der Besitz schon von § 268 Abs. 1 S. 1 BGB erfasst würde.⁶

Man könnte beim Besitz von einem absoluten, d. h. gegen jedermann wirkenden Sachenrecht sprechen, wenn dem Besitz ein bestimmter Zuweisungsgehalt zukäme. So weist etwa das Eigentum die Sache in jeder Hinsicht dem Vermögen des Eigentümers zu (§ 903 BGB). Der Nießbrauch oder das Pfandrecht berechtigen den Inhaber, die Sache zu nutzen oder zu verwerten. Aus dem Besitz folgt eine solche Zuordnung der Sache zum Vermögen des Besitzers aber nicht; der Besitz gibt weder ein Nutzungsrecht noch ein sonstiges Recht an der Sache.⁷

So ist z. B. auch der Dieb Besitzer, denn er ergreift die tatsächliche Sachherrschaft. Gleichwohl hat er nicht das Recht, über die Sache zu verfügen oder sie zu nutzen.

- 30 Dem Besitz kommt vielmehr nur eine Abwehrfunktion zu: Der Besitzer kann sich gegen die Entziehung oder Störung des Besitzes mit Gewalt (§ 859 BGB) oder mit der Besitzklage (§§ 861 f. BGB) wehren. Dadurch, dass bei einem Eingriff in den Besitz aus dem Besitz Rechte gegen Dritte entstehen können, wird der Besitz jedoch noch nicht selbst zu einem Recht. Vielmehr lässt sich der Besitz als eine rechtlich geschützte Tatsache begreifen.⁸

Dies spricht nicht dagegen, den Besitz in bestimmten Fällen des Deliktsrechts als ein sonstiges Recht zu behandeln.⁹ Jedoch entsteht ein Schadensersatzanspruch nur, wenn dem Besitzer die Nutzung der Sache besonders zugewiesen ist, etwa beim berechtigten Besitz.¹⁰

4 Wolff/Raiser, § 3 III; weitere Nachweise bei Wieling, in: Festgabe für v. Lübtow, 1980, S. 574; Sandtner, Kritik der Besitzlehre, 1968, S. 16 f., 46, bezeichnet den Besitz als „Rechtsverhältnis ohne typische Beziehung zu Dritten“; dazu kritisch Staudinger/Gutzeit, Vorbem. zu §§ 854 ff. Rdn. 42.

5 Soergel/Stadler, Vor § 854 Rdn. 6; Wolff/Raiser, § 3 III.

6 Vgl. zu den vorstehenden Argumenten Soergel/Stadler, Vor § 854 Rdn. 5 f.; kritisch MünchKomm/Schäfer, § 854 Rdn. 11; dagegen E. Wolf, § 2 A II b.

7 Wieling, in: Festgabe für v. Lübtow, 1980, S. 575; vgl. auch Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rdn. 607.

8 Schapp/Schur, Rdn. 44; Wieling, in: Festgabe für v. Lübtow, 1980, S. 574.

9 Dazu Rdn. 118.

10 Medicus/Petersen, Bürgerliches Recht, Rdn. 607.

B. Die Besitzfunktionen

Der Besitz hat zwei verschiedene Funktionen zu erfüllen. Zum einen soll er das tatsächliche Haben der Sache sichern. Diese Funktion wird als *Schutzfunktion* bezeichnet. Die andere Aufgabe des Besitzes besteht darin, dingliche Rechte an der Sache offenkundig zu machen. Diese Funktion heißt *Publizitätsfunktion*. 31

I. Die Schutzfunktion

Die Schutzfunktion des Besitzes kommt in den §§ 858–867 BGB zum Ausdruck. 32

Beispiel¹¹: E leiht dem B ein Buch. Sie vereinbaren, dass B es nach vier Wochen zurückbringen soll. Abredewidrig gibt B das Buch nicht zurück. Daraufhin versucht E, dem B das Buch mit Gewalt wegzunehmen.

B ist mit der Übergabe unmittelbarer Besitzer des Buchs geworden. Daher verübt E ungeachtet seines Eigentums und seiner Herausgabeansprüche aus §§ 985 und 604 BGB verbotene Eigenmacht gem. § 858 BGB, wenn er dem B das Buch gegen dessen Willen wegnimmt. B darf sich somit der Wegnahme mit Gewalt erwehren (§ 859 Abs. 1 BGB). Hat E das Buch bereits weggenommen, darf B es ihm unter den Voraussetzungen des § 859 Abs. 2 BGB wieder entreißen. Verhindert schließlich B die Wegnahme nicht, so kann er mit Erfolg den Rückgabeanspruch aus § 861 BGB im Klagewege oder durch eine einstweilige Verfügung gemäß §§ 935, 940 ZPO geltend machen.

E kann diesem Anspruch nicht entgegenhalten, dass er Eigentümer sei und B kein Recht zum Besitz habe. Diese sog. petitorischen Einwendungen sind nach § 863 BGB ausgeschlossen.

Das Beispiel macht deutlich, dass jedermann, auch der besser Berechtigte, den Besitz allein wegen des Besitzes zu respektieren hat. Wer sich über fremden Besitz hinwegsetzt, muss den Zustand, der vor dem Eingriff bestand, ohne Rücksicht auf irgendwelche Rechte an der Sache wiederherstellen. Dieser weitgehende Besitzschutz dient dem allgemeinen Frieden und der Verhinderung des Faustrechts (sog. *Friedenstheorie*).¹² Wer einen Herausgabeanspruch hat, soll ihn mit Hilfe der Gerichte und nicht durch die Anwendung von Brachialgewalt durchsetzen. Die Rechtsordnung muss daher sicherstellen, dass sich Selbstjustiz nicht lohnt. Deshalb muss derjenige, der sein Recht mit Gewalt durchsetzen will, damit rechnen, dass seinem Verhalten mit rechtmäßiger Gewaltanwendung begegnet wird und er mögliche Früchte seiner Selbstjustiz bis zur gerichtlichen Klärung der Rechtslage wieder herausgeben muss.

Gibt B das Buch nicht zurück, so kann E es folglich nur dann wiedererlangen, wenn er seine Herausgabeansprüche aus §§ 985 und 604 Abs. 1 BGB durch Klage geltend macht und das Urteil zwangsvollstrecken lässt.

¹¹ Nach Westermann/Gursky, § 7 3 a.

¹² BGH, NJW 1979, 1359, 1360; MünchKomm/Schäfer, § 854 Rdn. 17 f. m. w. N.; Wolff/Raiser, § 17 Vor I.

- 33 Vielfach wird der Zweck des Besitzschutzes allein¹³ oder neben dem Friedenszweck¹⁴ in dem Schutz des Kontinuitätsinteresses des Besitzers gesehen (sog. *Kontinuitätstheorie*). Geschützt werden solle das Interesse des Besitzers, die Sache in seiner Interessensphäre zu halten. Dafür spricht, dass das Gesetz an vielen Stellen das Kontinuitätsinteresse schützt, etwa indem es dem Besitzer ein Ablösungsrecht (§ 268 Abs. 1 S. 2 BGB) und die Möglichkeit der Ersitzung (§§ 937 ff. BGB) gibt. Jedoch kann allein die Friedenstheorie erklären, warum auch derjenige, der keinerlei schutzwürdiges Interesse an der Innehabung der Sache hat, wie z. B. der Dieb, Besitzschutz genießt. Das Kontinuitätsinteresse des Besitzers ist daher neben dem Friedenszweck allenfalls ein zusätzlicher Aspekt des Besitzschutzes.¹⁵
- 34 Der Besitz wird ferner durch § 1007 BGB sowie unter bestimmten Voraussetzungen auch durch § 823 Abs. 1 BGB und § 812 Abs. 1 BGB geschützt. Diese Ansprüche sind aber im Gegensatz zu den Besitzansprüchen nicht allein durch die Tatsache des Besitzes begründet.

Schließlich verbessert sich die Position des bloß schuldrechtlich Berechtigten erheblich, wenn er den Besitz ergriffen hat. Man spricht von einer „Verdinglichung obligatorischer Rechte“.

***Beispiel:** Aus einem zwischen dem Eigentümer E und dem Mieter M geschlossenen Mietvertrag kann M nur Ansprüche gegen E herleiten. Hat M die Mietsache in Besitz genommen, kann er gegen jeden, der ihn im Besitz stört, seine Besitzschutzansprüche geltend machen.*

Veräußert E die im Besitz des M befindliche Mietsache an X, so kann M gemäß § 986 Abs. 2 BGB dem Herausgabeverlangen des X etwa die Einwendung entgegenhalten, er sei für die restliche mit E vereinbarte Mietdauer zum Besitz berechtigt. Handelt es sich bei der Mietsache um ein Grundstück, so tritt X zudem in den zwischen E und M geschlossenen Mietvertrag ein (§ 566 Abs. 1 BGB).

II. Die Publizitätsfunktion

- 35 Die zweite Funktion des Besitzes besteht darin, Rechtsvorgänge und Rechtsverhältnisse offenkundig zu machen.

Diese Funktion findet zunächst in der Vermutungswirkung des Besitzes ihren Ausdruck. Ist z. B. die Eigentumslage bei einer beweglichen Sache umstritten, so wird gemäß § 1006 BGB vermutet, dass der Besitzer auch Eigentümer ist. Weitere auf dem Besitz beruhende Rechtsvermutungen ergeben sich aus §§ 1117 Abs. 3, 1253 Abs. 2, 1362 BGB.

Die Publizitätsfunktion äußert sich ferner darin, dass in vielen Fällen die Veränderung der dinglichen Rechtslage einen entsprechenden Besitzvorgang voraussetzt. So ist die Eigentumsübertragung gemäß § 929 S. 1 BGB von der Verschaffung des Besitzes abhängig. Wer sich eine Sache nach § 958 BGB aneig-

¹³ Heck, § 37; vgl. auch Baur/Stürner, § 9 Rdn. 9.

¹⁴ Soergel/Stadler, Vor § 854 Rdn. 2; Westermann/Gursky, § 7 3 a.

¹⁵ Nach Wieling, in: Festgabe für v. Lübtow, 1980, S. 565, 577 f., und Bd. I, § 3 III b, ist Besitzschutz Schutz der Persönlichkeit; dagegen zu Recht Westermann/Gursky, § 7 3 a.

nen will, muss an ihr Eigenbesitz begründen. Die Eigentumsaufgabe hat die Besitzaufgabe zur Voraussetzung (§ 959 BGB). Weitere Ausprägungen finden sich in den §§ 1032, 1205, 1253 Abs. 1 BGB. Darüber hinaus bildet der Besitz die Grundlage des Rechtsscheins, der einen gutgläubigen Eigentumserwerb vom Nichteigentümer ermöglicht (vgl. §§ 932 ff., 1032 S. 2, 1207 BGB).

In den Fällen der §§ 793 Abs. 1, 851 BGB wird der Besitzer durch den Besitz zur Entgegennahme von Leistungen legitimiert.

C. Die Besitzarten

Literatur: *Kegel*, Von wilden Tieren, zerstreuten Leuten und versunkenen Schiffen, in: Festschrift für v. Caemmerer, 1978, S. 149; *Klinck*, Besitz, in: *Eckpfeiler des Zivilrechts*, 7. Aufl. 2020/2021, Rdn. U 21 ff.; *K. Schreiber*, Die Besitzformen, JURA 2012, S. 514

Fälle mit Lösungen: *Kollhosser*, JuS 1992, S. 216, 393

I. Übersicht

Das BGB kennt verschiedene Besitzarten, die sich nach unterschiedlichen Kriterien einteilen lassen:

1. Nach der *Sachherrschaftsbeziehung* unterscheidet man den unmittelbaren (§ 854 BGB) und den mittelbaren Besitz (§ 868 BGB). Der unmittelbare Besitzer ist selbst Inhaber der tatsächlichen Gewalt. 36

Unmittelbarer Besitz besteht etwa an den Gegenständen, die sich in der Herrschaftssphäre wie z. B. in der Wohnung einer bestimmten Person befinden.

Der mittelbare Besitzer hat in der Regel selbst keine tatsächliche Sachherrschaft. Seine Beziehung zu der Sache ist dadurch gekennzeichnet, dass ihm der Inhaber der tatsächlichen Gewalt, also der unmittelbare Besitzer, den Besitz aufgrund eines Besitzmittlungsverhältnisses vermittelt.¹⁶

Beispiel: *E vermietet ein Auto an B und übergibt es ihm.*

B ist unmittelbarer Besitzer (§ 854 Abs. 1 BGB). Er übt die tatsächliche Sachherrschaft aufgrund eines Besitzmittlungsverhältnisses – dem Mietvertrag – unter Anerkennung der Vermieterposition des E aus. E ist daher gemäß § 868 BGB mittelbarer Besitzer des Autos.

2. Nach der *sozialen Stellung* des Gewaltinhabers lassen sich Besitzer und Besitzdiener (§ 855 BGB) unterscheiden. 37

Beispiel: *D arbeitet als Monteur in der Fabrik des B. Er befindet sich aufgrund seines Arbeitsverhältnisses gegenüber B in einem sozialen Abhängigkeitsverhältnis und hat hinsichtlich des von ihm benutzten Werkzeugs den Weisungen des B Folge zu leisten. D ist*

¹⁶ Vielfach wird hier von einer „vergeistigten Sachherrschaft“ gesprochen (so z. B. *Westermann/Gursky*, § 17 5 m. w. N.; dagegen *MünchKomm/Schäfer*, § 868 Rdn. 5 f.).

daher Besitztziener des B. Obwohl D die tatsächliche Gewalt über das Werkzeug ausübt, ist nicht er, sondern B alleiniger unmittelbarer Besitzer.

- 38 3. Eine Besonderheit stellt der *Besitz des Erben* gemäß § 857 BGB dar. Er entsteht automatisch mit dem Erbfall, ohne dass der Erbe eine Herrschaftsbeziehung zur Sache hergestellt hat. Erwirbt der Erbe die tatsächliche Sachherrschaft, wird er gemäß § 854 Abs. 1 BGB Besitzer. Man kann also nach der tatsächlichen Beziehung des Erben zur Sache den Erbenbesitz (§ 857 BGB) vom Verkehrsbesitz (§ 854 Abs. 1 BGB) unterscheiden.
- 39 4. Danach, ob der Besitzer den Besitz über die gesamte Sache allein ausübt oder durch den gleichen Besitz anderer Besitzer beschränkt ist, unterscheidet man *Allein- und Mitbesitz* (§ 866 BGB). Erstreckt sich der Besitz auf einen selbstständig beherrschbaren Teil einer Sache, z. B. auf ein Zimmer innerhalb eines Hauses, so liegt Teilbesitz vor (§ 865 BGB).
5. Nach der *Willensrichtung des Besitzers* unterscheidet man schließlich Eigenbesitz (§ 872 BGB) und Fremdbesitz.

II. Der unmittelbare Besitz

1. Der Besitztatbestand

- 40 Der unmittelbare Besitz setzt das Bestehen tatsächlicher Herrschaft über eine Sache voraus.¹⁷

a) Begriff der tatsächlichen Sachherrschaft

Die Frage nach der tatsächlichen Sachherrschaft ist wegen der Vielfalt möglicher Beziehungen zu einer Sache nicht leicht zu beantworten. Überwiegend wird die Auffassung vertreten, das Bestehen tatsächlicher Sachherrschaft sei nach der Verkehrsanschauung zu beurteilen.¹⁸ Der bloße Hinweis auf die Verkehrsanschauung ist jedoch bedenklich. Er läuft auf eine Leerformel hinaus und verleitet möglicherweise dazu, eine genaue Prüfung des Besitztatbestandes zu unterlassen.¹⁹ Gleichwohl ist die Verkehrsauffassung für den Begriff der tatsächlichen Sachherrschaft von zentraler Bedeutung: Weil die Besitzlage vom Verkehr zu beachten ist, ist es erforderlich, dass die Voraussetzungen des Besitzes mit den tatsächlichen Anschauungen des Verkehrs im Einklang stehen. Der Begriff der tatsächlichen Sachherrschaft ist also mit Hilfe der Wertungen des Gesetzes unter Berücksichtigung der Verkehrsauffassung zu ermitteln.²⁰

- 41 aa) Tatsächliche Sachherrschaft setzt das Bestehen einer Machtbeziehung einer Person zu einer Sache voraus. Diese Machtbeziehung muss anhand von *Fakten* zu ermitteln sein; auf eine rechtliche Befugnis kommt es nicht an. Es ist nicht

¹⁷ Die Bezeichnung „tatsächliche Sachherrschaft“ ist im neueren Sprachgebrauch gegenüber dem in § 854 Abs. 1 BGB gewählten Begriff der „tatsächlichen Gewalt“ vorherrschend.

¹⁸ BGH, DB 1971, 40; Müller/Gruber, Rdn. 232 ff.; Soergel/Stadler, § 854 Rdn. 4; Wolff/Raiser, § 5 III; ablehnend E. Wolf, § 2 A II b (S. 46 f.). Nach Heck, § 5 5, handelt es sich bei dem Begriff der tatsächlichen Sachherrschaft um einen Blankettbegriff, während Gottwald, JuS 1979, 247, von einem „ausfüllungsbedürftigen Rahmenbegriff“ spricht.

¹⁹ MünchKomm/Schäfer, § 854 Rdn. 22.

²⁰ Dazu ausführlich Joost, in: Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, 1987, 167 ff. Vgl. auch die materialreiche Untersuchung von Kegel, in: Festschrift für v. Caemmerer, 1978, 149 ff.

erforderlich, dass der Besitzer diese Machtbeziehung ständig aktualisiert, etwa indem er die Sache stets bei sich trägt oder benutzt. Bei der Vielzahl der Sachen, die eine Person in der Regel besitzt, wäre dies schon aus praktischen Gründen nicht möglich. Für das Bestehen tatsächlicher Sachherrschaft i. S. d. § 854 Abs. 1 BGB ist mithin die realisierbare Möglichkeit zur Einwirkung auf die Sache ausreichend.²¹

Beispiel: Student A stellt morgens sein Fahrrad in einem Fahrradständer vor der Universität ab. Anschließend besucht er die juristische Bibliothek. Erst am späten Nachmittag kehrt er zu seinem Fahrrad zurück, um damit nach Hause zu fahren.

Während des gesamten Arbeitstages besteht die tatsächliche Sachherrschaft des A an dem Fahrrad fort. A hatte stets die Möglichkeit, Zugriff auf sein Fahrrad zu nehmen. Der Besitz des A endete somit nicht dadurch, dass er sich von dem Fahrrad entfernte.

Beispiel: Jurastudentin B ist Mieterin eines kleinen Appartements. Nach dem Abschluss ihrer Examensvorbereitungen möchte sie einen dreiwöchigen Urlaub auf Mallorca verbringen. Sie überlegt, ob der Besitz an der Wohnung auch während ihrer Abwesenheit erhalten bleibt.

Von Mallorca aus ist B nicht in der Lage, auf ihr Appartement tatsächlich einzuwirken, es etwa zu bewohnen oder Eindringlinge abzuwehren. Jedoch ist nach der Wertung des Gesetzes eine jederzeitige Einwirkungsmöglichkeit für den Fortbestand des Besitzes nicht erforderlich. Aus § 856 Abs. 2 BGB ergibt sich, dass eine vorübergehende Verhinderung in der Ausübung der tatsächlichen Sachherrschaft lediglich zu einer Lockerung der Sachbeziehung führt, die den Besitz unberührt lässt.²²

Die Abwesenheit der B ist urlaubsbedingt und daher der Natur nach vorübergehend. Der Besitz an dem Appartement bleibt mithin erhalten.

bb) Es muss eine räumliche Beziehung zur Sache bestehen, die so beschaffen ist, dass eine Einwirkung auf die Sache möglich ist.²³ Die räumliche Beziehung kann je nach Art der Sache verschieden eng sein. So sind an die Sachnähe zu kleinen, beweglichen Sachen höhere Anforderungen zu stellen als an die zu einem Grundstück.²⁴ 42

Beispiel²⁵: Landwirt B ist Eigentümer einer Bergwiese. Sie befindet sich mehrere Kilometer von seinem Hof entfernt. Er betritt sie nur einmal jährlich im Spätsommer, um das Gras zu mähen. Im Winter ist der Weg zur Wiese unpassierbar.

Der Landwirt bleibt während des ganzen Jahres Besitzer der Wiese. Die Sachbeziehung ist zwar gelockert und B kann nicht jederzeit auf die Wiese einwirken. Jedoch bleibt die für den Besitz ausreichende potentielle Einwirkungsmöglichkeit trotz der Entfernung bestehen. Dies entspricht auch der Verkehrsanschauung: Eine Bergwiese wird von ihrem

21 Joost, in: Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, 1987, S. 181; MünchKomm/Schäfer, § 854 Rdn. 23; Wellenhofer, § 4 Rdn. 2.

22 Vgl. dazu insbes. Joost, in: Gedächtnisschrift für Dietrich Schultz, 1987, S. 181; MünchKomm/Schäfer, § 856 Rdn. 13 ff.

23 Schapp/Schur, Rdn. 48; Westermann/Gursky, § 8 II 3.; Wolff/Raiser, § 5 III 4 a; a. A. Müller/Gruber, Rdn. 240.

24 Staudinger/Gutzeit, § 854 Rdn. 9.

25 Nach Westermann/Gursky, § 8 II 4.

Besitzer in der Regel nur wenige Male im Jahr betreten. Dieses Verhalten reicht aus, um die Wiese als Teil einer grundsätzlich zu respektierenden fremden Herrschaftssphäre zu kennzeichnen.

Beispiel: Verliert der Wanderer A jedoch sein Taschenmesser und bemerkt er dies erst nach einem Weg von 10 km, so ist der Besitz erloschen. Das Messer ist leicht fortzubewegen und daher dem Zugriff Dritter schutzlos preisgegeben. Es ist jederzeit damit zu rechnen, dass es ein – ehrlicher oder unehrlicher – Finder an sich nimmt. Deshalb ist die potentielle Einwirkungsmöglichkeit auf das Taschenmesser verloren gegangen.

- 43 Besitz kann nur an Sachen bestehen, die dem Besitzer grundsätzlich zugänglich sind. Daher hat derjenige, der den einzigen Schlüssel zu einem Raum besitzt, unmittelbaren Besitz an diesem Raum und an den Gegenständen, die sich darin befinden. Gehört zu diesen Gegenständen jedoch ein verschlossenes Behältnis, so ist derjenige, der den Schlüssel zu diesem Behältnis besitzt, auch Besitzer seines Inhalts.

Beispiel: In einem Banktresorraum befinden sich mehrere Schließfächer. Frau B hat eines dieser Fächer gemietet, um ihren kostbaren Schmuck darin aufzubewahren.

Die Bank ist Besitzerin der Schließfächer, da sie alleine den Zutritt zu dem Tresorraum gewähren kann. Gleichwohl ist die B Alleinbesitzerin ihres Schmucks. Nur sie kann mit dem ihr ausgehändigten Schlüssel das gemietete Schließfach öffnen.²⁶

- 44 cc) Vielfach wird behauptet, Besitz setze eine gewisse Dauer der tatsächlichen Sachbeziehung voraus.²⁷ Durch dieses Erfordernis soll verhindert werden, dass von vornherein schutzunwürdige Sachbeziehungen in den Genuss des Besitzschutzes kommen.

In der Tat wäre es ein überraschendes Ergebnis, wenn sich der zu Tisch gebetene Gast hinsichtlich des Bestecks oder des Stuhls gegenüber dem Gastgeber auf Besitz berufen könnte.²⁸ Ebenso wenig besitzt der Spaziergänger die Parkbank, auf der er sich für eine kurze Rast im Gemeindepark niederlässt.²⁹ Er kann sich nicht rechtmäßig mit Gewalt (§ 859 Abs. 1 BGB) gegen die Aufforderung des Parkwächters wehren, die Bank zu verlassen.

Das Kriterium der Dauer des Herrschaftsverhältnisses ist jedoch nicht geeignet, auf eine sinnvolle Weise die nicht schutzwürdigen Herrschaftsverhältnisse aus dem Besitzbegriff auszuschneiden. Zum einen lässt sich nicht genau bestimmen, welcher Zeitraum ausreichend sein soll.³⁰ Zum anderen gibt es nur kurz andauernde Sachbeziehungen, die dennoch besitzschutzwürdig sind.

²⁶ Staudinger/Gutzeit, § 866 Rdn. 14; ferner Westermann/Gursky, § 8 II 5 (dort auch zu den besonderen Problemen, die auftreten, wenn sich mehrere Schlüsseln zu demselben Schloss in verschiedenen Händen befinden; vgl. dazu auch unten Rdn. 88).

²⁷ Vgl. RGZ 75, 221, 223; 92, 265, 267; Baur/Stürner, § 7 Rdn. 7; Müller, Rdn. 84 f. (anders nunmehr Müller/Gruber, Rdn. 241 f.); Soergel/Stadler, § 854 Rdn. 6 m. w. N.; Staudinger/Gutzeit, § 854 Rdn. 10 (vgl. dort aber auch Rdn. 12).

²⁸ Anders soll nach Wieling, § 4 I 1 a, für den Gast im Gasthaus zu entscheiden sein.

²⁹ Müller, Rdn. 85; a. A. Wieling, § 4 I 1 a. Bei der Besetzung einer Parklücke wird von der Rechtsprechung Besitz bejaht (vgl. OLG Hamburg, MDR 1962, 407, 408).

³⁰ Heck, § 6 5.; Westermann/Gursky, § 8 II 7.

Beispiel³¹: *B kauft in einem Juweliergeschäft ein goldenes Armband. Er schenkt es sofort nach der Aushändigung durch den Verkäufer seiner anwesenden Freundin F.*

Obwohl die Sachherrschaft des B nur wenige Sekunden dauerte, gibt es keinen sachlichen Grund, dem B zwischenzeitlich den Besitzschutz zu versagen. Der Besitzschutz kann nicht davon abhängen, ob B das Armband der F sogleich oder erst zu deren Geburtstag am nächsten Tag übergibt.

Zu sachgerechten Ergebnissen kommt man im Fall des Gastes oder Spaziergägers mit einer konsequenten Anwendung des Sachherrschaftsbegriffs, wie er sich aus § 854 Abs. 1 BGB und § 856 Abs. 2 BGB ergibt. Während der flüchtigen Sachbeziehung des Gastes oder Spaziergägers blieb die Sachherrschaft des Gastgebers am Stuhl und am Besteck sowie der Gemeinde an der Parkbank bestehen (arg. § 856 Abs. 2 BGB). Gastgeber und Gemeinde sind die ganze Zeit über Besitzer geblieben. Es konnte also kein neuer Besitz entstehen.³² Demgegenüber hat der Juwelier, der dem B das Armband verkauft hat, mit der Übergabe die tatsächliche Sachherrschaft auf Dauer verloren. Daher konnte B mit der Annahme des Armbands neuen Besitz begründen.

Anhand der eben angeführten *Beispiele* wird deutlich, dass die physische Einwirkungsmöglichkeit für den Besitz nur ausreicht, wenn entweder die Sache bisher besitzlos war oder die Einwirkungsmöglichkeiten des bisherigen Besitzers beseitigt werden. Deshalb erwirbt etwa der Passant, der an einem abgestellten PKW vorübergeht, keinen Besitz an dem Fahrzeug, obwohl er darauf körperlich einwirken könnte.³³

dd) Weil der Besitz gegenüber jedermann wirken soll, muss er auch für jedermann erkennbar sein.³⁴ Jedoch sind an die Erkennbarkeit der Sachherrschaft nur geringe Anforderungen zu stellen, wenn es um die Aufrechterhaltung einer bestehenden Besitzbeziehung geht. Vor allem muss die Person des Besitzers nicht erkennbar sein. Ausreichend ist vielmehr, wenn sich aus den äußeren Umständen ergibt, dass überhaupt ein Herrschaftsverhältnis besteht.³⁵ So weisen z. B. bei einem auf dem Parkstreifen abgestellten Fahrzeug alle äußeren Umstände auf ein bestehendes Herrschaftsverhältnis hin. 45

ee) Teilweise wird die Ansicht vertreten, es komme für das Bestehen tatsächlicher Sachherrschaft auch darauf an, ob die äußere Beherrschung der Sache als „Ausdruck einer rechtlichen Befugnis“ erscheine.³⁶ Diese Auffassung ist jedoch abzulehnen.³⁷ Die §§ 854 ff. BGB schützen den Besitz unabhängig davon, ob der Inhaber der tatsächlichen Gewalt ein Recht an der Sache hat oder behauptet. Nur so kann der Besitz seine Befriedungsfunktion erfüllen. 46

Beispiel: *Der Räuber, der im Stadtpark einer älteren Dame die Handtasche entreißt und damit fortläuft, begründet nicht den Anschein, er sei zum Besitz der Tasche berechtigt.*

³¹ Nach Westermann/Gursky, § 8 II 7.

³² Vgl. auch Westermann/Gursky, § 8 II 7.

³³ MünchKomm/Schäfer, § 854 Rdn. 24.

³⁴ H. M.; vgl. RGZ 77, 201, 208; BGHZ 44, 27, 32; Müller, Rdn. 83; Müller/Gruber, Rdn. 238 f.; Soergel/Stadler, § 854 Rdn. 7; Westermann/Gursky, § 8 II 6; a. A. MünchKomm/Schäfer, § 854 Rdn. 32; E. Wolf, § 2 A II c 4.

³⁵ Müller, Rdn. 83; Westermann/Gursky, § 8 II 6.

³⁶ Vgl. Westermann/Gursky, § 8 II 5 m. w. N.

³⁷ So auch J. v. Gierke, ZHR 115 (1952), 228; MünchKomm/Schäfer, § 854 Rdn. 33.

Gleichwohl übt er die tatsächliche Sachherrschaft aus und ist daher Besitzer. Niemand darf ihm – außer im Fall sofortiger Verfolgung (§ 859 Abs. 2 BGB) – die Tasche mit Gewalt wieder abnehmen.

b) Gegenstand des Besitzes

- 47** Besitz ist nur an Sachen, also an körperlichen Gegenständen (§ 90 BGB), möglich. Gleichgültig ist, ob es sich um unbewegliche (Grundstücke) oder um bewegliche Sachen handelt. Der Besitz kann sich auch auf einen abgrenzbaren Sachteil – etwa auf eine bestimmte Wohnung innerhalb eines Hauses – beschränken (Teilbesitz, § 865 BGB).

Sachgesamtheiten sind keine tauglichen Besitzobjekte, denn der Besitz muss sich auf individuell bestimmte Sachen beziehen. Daher ist der Besitz nicht an einem Warenlager als solchem, sondern nur an den zu ihm gehörenden einzelnen Sachen möglich.³⁸ Unkörperliche Gegenstände wie z. B. Forderungen sind nicht besitzfähig.

Rechtsbesitz liegt vor, wenn einer Person, die nur ein rechtliches, aber kein tatsächliches Verhältnis zu einer Sache hat, Besitzschutzrechte hinsichtlich der Sache gewährt werden. Rechtsbesitz bedeutet also nicht, dass an einem Recht Besitz besteht.³⁹ Das geltende Recht kennt den Rechtsbesitz nur in den §§ 1029, 1090 Abs. 2 BGB sowie in einigen Ländergesetzen.⁴⁰

c) Die Person des Besitzers

- 48** Als Besitzer kommen alle Menschen in Betracht, die einen natürlichen Beherrschungswillen bilden können. Daher können auch Kinder und Geisteskranke Besitzer sein.

Juristischen Personen wird die Sachherrschaft, die ihre Organe und verfassungsmäßig berufenen Vertreter im Rahmen ihres Aufgabenbereichs ausüben, unmittelbar zugerechnet.⁴¹ Die Organe selbst sowie die Mitglieder der juristischen Person – etwa die Vereinsmitglieder – haben keinen Besitz.⁴² Ähnliches gilt für die OHG und die KG, da diese hinsichtlich der Rechtsfähigkeit weitgehend der juristischen Person angeglichen sind (vgl. § 124 bzw. §§ 161 Abs. 2, 124 HGB).⁴³ Dass die Gesellschaft bürgerlichen Rechts (§§ 705 ff. BGB) selbst Besitzerin sein kann, folgt daraus, dass die Rechtsfähigkeit der (Außen-)GbR mittlerweile anerkannt ist.⁴⁴ Mit Inkrafttreten des § 705 Abs. 2 BGB zum 1.1.2024 ist die Rechtsfähigkeit auch durch den Gesetzgeber festgeschrieben.⁴⁵

³⁸ RGZ 52, 385, 389; 103, 151, 153 f.

³⁹ MünchKomm/Schäfer, § 854 Rdn. 9; Staudinger/Gutzeit, Vorbem. zu §§ 854 ff. Rdn. 48.

⁴⁰ Ausführlich zum Rechtsbesitz Westermann/Gursky, § 26 m. w. N.

⁴¹ MünchKomm/Schäfer, § 854 Rdn. 34 f.; Staudinger/Gutzeit, § 854 Rdn. 59. Mitarbeiter unterhalb der Organebene sind Besitzdiener (§ 855 BGB; vgl. Westermann/Gursky, § 19 II 1).

⁴² H. M.; vgl. BGHZ 57, 166, 167; Erman/Elzer, § 854 Rdn. 5 m. w. N.

⁴³ Staudinger/Gutzeit, § 866 Rdn. 18 m. w. N.

⁴⁴ BGHZ 146, 341 ff.; dazu MünchKomm/Schäfer, § 854 Rdn. 43.

⁴⁵ Gesetz zur Modernisierung des Personengesellschaftsrechts v. 10.8.2021, BGBl. I 2021, S. 3536.